POR

D. CATALINA DE Otazo, y Angulo, viuda de don Antonio Maldonado Caluillo. En el pleyto,

CON

Antonio Maldonado Caluillo, Escriuano mayor de los Hijosdalgo desta Real Chancilleria.

POR no auerse hecho memorial, serà preciso referir del hecho lo mas sustancial y necessario para la introducion de el derecho, remitiendo lo demas a los lugares conuenientes.

2 ¶ En esta ciudad de Granada a quinze de Febrero de 1623. el Licenciado Antonio de Otazo, como padre de la dicha doña Catalina, y el dicho Antonio Maldonado Caluillo, como padre de don Antonio Maldonado Caluillo, otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, y por ellas el dicho Antonio de Otazo promete en dote con la dicha su hija al dicho don Antonio quatro mil ducados: y el dicho Antonio Maldonado Caluillo, para que mejor lo passen el dicho su hijo, y su muger, prometio de le dexar al dicho su hijo en possession y propriedad el dicho oficio de escriuano de Hijosdalgo, como lo tenia en su cabeça, para que los aprouechamientos del sean suyos proprios, de lo qual le otorga escritura en forma con las fuerças que conuenga, el dia que se desposaren, q̃ si es necessario, desde luego para entõces se desiste del derecho

que

que tiene al dicho oficio, y lo cede en el dicho su hijo para que sea suyo proprio, y vsufructo del; y al cumplimiento obligarõ sus personas y bienes.

3 ¶ En virtud desta escritura tuuo efeto el matrimonio entre los dichos don Antonio, y doña Catalina, y estando desposados, en veynte de Março de el dicho año de veynte y tres otorgò escritura el dicho don Antonio, por la qual haziendo relacion de la dicha promesa de dote en cantidad de quatro mil ducados, confessò auerlos recibido, los 31U405. reales en bienes y plata apreciados en esta cantidad, de que ay fee de paga, los 12U595. reales restantes en dineros de contado, que confessò auer recibido, todo lo qual se obliga a tenerlo señalado sobre sus bienes rayzes, y muebles que tenia y tuuiesse, y disuelto el matrimonio, se obliga a la restitucion de la cantidad de la dote, y prometio quinientos ducados de arras, y para el cumplimiento de todo, obligò sus bienes auidos, y por auer.

4 ¶ El dicho don Antonio Maldonado Caluillo murio por el año passado de 1626. por cuya muerte pretende la dicha doña Catalina, que ha llegado el caso de restituyrle la dote y arras, y por no auer quedado bienes del dicho don Antonio, puso demanda en esta Corte al dicho Antonio Maldonado Caluillo su suegro, en veynte y nueue de Enero del año passado de 637. pretendiendo que el dicho su suegro, como possedor del dicho oficio de escriuano mayor de los Hijosdalgo, està obligado a pagarle la dote y arras, o entregarle el oficio, para que del se haga pago, por estar expressa y tacitamente hipotecado a la seguridad, y paga de la dote y arras. Y por parte del dicho Antonio Maldonado Caluillo se respondio a esta demanda, proponiendo diuersas excepciones, las quales por no alargar se dexan, y los instrumentos, y prouanças con que se pretenden comprouar para los lugares en que se fuere respondiendo a todas: y concluso el pleyto con los instrumentos y prouanças de ambas partes, la sentencia de vista condena al dicho Antonio Maldonado Caluillo a que pague a la dicha doña Catalina 31U405. reales que por la escritura de dote parece auer lleuado a poder del dicho don Antonio su marido, y quinientos ducados de dos partidas que despues de la escritura de dote recibio a cuenta de los 12U 595. reales que se ofrecieron en dineros; y trecientos ducados en que se moderaron las arras con que se baxẽ 5U. reales por todas las pretensiones deduzidas por el dicho Antonio Maldonado Caluillo,

uillo, y ciento y ſeſenta ducados por el valor de la eſclaua que la dicha doña Catalina tiene en ſu poder, y lo que ſe liquidare en execucion dela carta executoria auerle entregado deſpues de la muerte del dicho don Antonio ſu marido, y de lo que ſe reſtare menos los trezientos ducados de arras, lo pague dentro de treynta dias con intereſſes deſde el dia de la conteſtaciõ de la demanda, haſta la real reſtitucion, y paſſado el termino, haga renunciacion de el dicho oficio en la perſona que por la dicha doña Catalina ſe nombrare haſta hazerſe pagada de todo lo que ſe le dà por la ſentencia.

5 ¶ De la qual ſe ha ſuplicado por ambas partes en lo que es en ſu perjuyzio, y eſtà el pleyto viſto en reuiſta, y para que ſe confirme en todo lo que es en fauor de la dicha doña Catalina, y ſe reuoque, ſupla, y enmiende en lo que es en ſu perjuyzio, ſe fundaràn en eſta alegacion tres fundamentos neceſſarios para obtener en la accion hipotecaria q̃ ſe ha intẽtado.

6 ¶ El primero, la certeza de la dote y arras que ſe pidẽ, y que por ellas compete hipoteca. El ſegundo, que el oficio era proprio del dicho don Antonio al tiempo de la eſcritura de dote, y aſsi quedò obligado a la paga. El tercero que lo poſſee el dicho Antonio Maldonado Caluillo, y aunque ſea tercero poſſeedor, compete contra el accion hipotecaria, por no auer quedado bienes de don Antonio de que ſe pueda pagar la dote y arras.

7 ¶ Y para mayor breuedad, e inteligencia, en cada fundamento ſe irà reſpondiẽdo a las excepciones opueſtas por el dicho don Antonio Maldonado, diuidiendolas en los fundamentos a que mas derechamente ſe oponen.

Fundamento Primero.

8 ¶ La dote y arras que ſe piden prueua la eſcritura q̃ dellas ſe otorgò por el dicho don Antonio, obligandoſe a reſtituyr a D. Catalina 31U405. rs. del valor de los bienes y plata labrada que recibio en preſencia del eſcriuano y teſtigos, de que dà fee, y los 12U595. reales que confeſsò auer recibido, y las arras que prometio en cantidad de quinientos ducados, y teniendo en ſu fauor doña Catalina inſtrumento que liquida, y prueua la deuda, no ſolo le aſsiſte la preſuncion de derecho, l. cum precibus, C. de probationibus, vbi Bald. & in cap. illud circa fin. de præſumption. ſed etiam probationem probatam

habet

habet Bald. in l. quoties, in fin. C. de iudicijs, ex alijs Alciat. de præsumptionib. reg. 3. præsumpt. 3. num. 5. Tiraquell. de vtro que retract. §. 2 glos. 1. à num 20. Mascard. de probatio. tom. 2. conclus. 906. num. 1. sin que se pueda admitir contra el recibo de los 31U405. reales excepcion non numeratæ dotis, porque en el instrumento ay fee del entrego en presencia del escriuano y testigos, glos. in l. si ex cautione, verb. *probare*, C. de nõ numer. pecun. vbi Bart. num. 1. Bald. num. 7. Paul. numer. 1. Salicet. num. 28. cum alijs, Valasc. consult, lib. 1. consultat. 5. num. 11. & Hermosilla, in addition ad glos. 7. numer. 27. l. 9. tit. 1. part. 5. por lo qual justamente se pide la dote y arras, por auer llegado el caso de la restitucion con la muerte del dicho don Antonio.

9 ¶ Que para cobrar la dote y arras competa hipoteca legal, no es dudable, vt in dote probant, l. vnic. §. 1. C. de rei vxoriæ actione, §. fuerat, instit. de actionib. l. 33. tit. 13. p. 5. & in arris, l. 29. in fin. tit. 13 part. 5. Anton. Gomez, in l. 50. Taur. num. 41. vers. 1. Flores de Men. lib. 1. quæst. 6. articul. 3. num. 3. 4. & 5. Dom. Castill. lib. 4. cap. 40. nu. 64. Y demas de la legal tenemos en la escritura de dote la conuencional expressa, por auer obligado el dicho don Antonio a la paga, y restitucion de la dote y arras todos los bienes que tenia, y tuuiesse, assignandolos para la paga de todo, con que no se puede dudar que tenga la dicha doña Catalina accion hipotecaria contra todos los bienes que huuieren sido de su marido, y reconociendose la notoriedad de este fundamento se procura por el dicho Antonio Maldonado deshazer con diuersas excepciones, de cuya satisfacion ha de resultar mas euidente la justicia de doña Catalina.

Primera excepcion, de que los bienes se apreciaron en precios excessiuos.

10 ¶ La mayor cantidad de la dote se compone de los 31U405. reales en que se apreciaron los bienes y plata labrada, de cuyo recibo consta por fee del escriuano, y se opone, q̃ los precios fueron excessiuos, porque todos los bienes, de cuyo precio se compone la dicha cantidad, no valian 18U. reales, y assi huuo de lesion y agrauio mas de 12U. que no se deuẽ

resti-

restituyr, porque en las dotes, qualquiera lesion se deue deshazer, l. iure sucursum 7. §. si in dote, ff. de iur. dotium, l. 16. tit. 11. part. 4. excepcion que no puede hazer perjuyzio.

11 ¶ Lo primero, porque el precio conuenido, y concertado por escritura, se presume justo y comun etiam contra Ecclesiam, argument. l. si voluntate, C. de rescindend vendit. l. in minoribus, C. de restit. in integr. l. nam & postea, §. si minor, ff. de iur. iur. Bald. in l. si fundus, §. quamquam, ad fin. ff. de reb. eor. & in l. per diuersas, num. 13. C. mandati, Roland. consl. 64. num. 18. volum. 4. Corneus, consl. 50. num. 3. lib. 3. Cephal. consl. 348. num. 19. lib. 3. Surd. consl. 425. nu. 2. lib. 3. Gratian. disceptat. tom. 4. cap. 723. num. 16. Mantic. libr. 4. de tacit. & ambig conuention. tit. 19. n. 21.

12 ¶ De que resulta, que contra esta excepcion và cõ grande ventaja doña Catalina, por assistirle la presuncion de derecho del precio justo, quæ de perse liquidissima probatio appellatur, l. licet Imperator 77. ff. de leg 1. post glos. & antiquiores tradit D. Couarr. lib. 2. var. cap 6. n. 1. Menoch. lib. 1. presl. 36. à n. 3. Mascard tom. 1. concl. 10. à n. 40.

13 ¶ Lo segundo, porque el aprecio y tassacion de los bienes se hizo despues de celebrado el matrimonio estando en casa de don Antonio, y de Antonio Maldonado su padre, y se hizo de la ropa blanca, y demas bienes que consisten en tassacion de mugeres por doña Ysabel de Priego, madre del dicho don Antonio, y doña Ana de Aguilar, muger de Gaspar de Espinosa, y de los vestidos por Piçarro maestro de sastre, y las pieças de plata se pusierõ solo por el peso sin hechuras, ni trueços, y assi lo deponen en la prouança de doña Catalina a la quarta pregunta doña Ysabel de Angulo y Vargas su tia: doña Ana de Aguilar, muger de Gaspar de Espinosa, q̃ fue quien hizo la tassacion, y que fueron los precios justos, Gaspar de Espino sa, Iuana esclaua de la dicha doña Catalina; de que resulta. Lo vno, que por auerse hecho la tassacion constante el matrimonio, y estando ya los bienes en casa de don Antonio, cessa la presuncion general de que los bienes de las dotes se aprecien comunmente en mas valor, porque esto procede quã do antes de contraerse el matrimonio se otorga la escritura, y se haze la tassacion. Lo segundo, que por auer estado presente la dicha doña Ysabel de priego, madre del dicho don Antonio, y hecho la tassacion en tiempo que ya tenian los bienes en su casa, y eran dueños dellos, no auia de hazer aprecios rigurosos contra su hijo, sino antes moderarlos, quia pietas pa

rentum

rentum consilium pro liberis capit, vt notat Papinian. in l. neque in ea, § fin. ff. ad legem Iul. de adulter. Lo tercero, que a estos testigos se les deue dar entero credito, prefiriendolos à los contrarios, porque deponen de afirmatiua, y de su proprio hecho en el tiempo del aprecio y estimacion, ex glos. verb. consenserunt, in l. diem proferre 32. § si plures, ff. de arbitris, Bal. in l. 2. C. de rescind. vend num. 62. Farin. de testib. quæst. 65. à num. 200.

14 ¶ Respondese lo tercero, que esta excepcion de el menos valor de los bienes no està verificada por el dicho Antonio Maldonado, porque auiendo ajustado todos los testigos que deponen en la octaua pregunta de su prouança de vista, donde articulò el menos valor de los bienes, todos deponen generalmente, sin dezir que vieron los dichos bienes al tiempo de el aprecio, y recibo de ellos; y que entonces valian a justa y comun estimacion los precios en que se moderã, ni aun se articularon estas calidades en la dicha pregunta octaua, y esto es general en las deposiciones de veynte y vn testigos que a ella responden, diziendo solo que valian y valen los precios en que se moderan, porque en las dotes siempre se suelen tassar en mas de lo que valen, y porque despues en vna almoneda que dizen se hizo por doña Catalina de los dichos bienes, se vendieron en menos precio del que se tassaron en la escritura de dote, y destos veynte y vn testigos, los dos que son don Iuan de Obregon y Acuña, y Antonio del Pozo escriuano de Camara, deponen que a justa y comun estimacion valiã los precios a que se reduzen, sin dezir que fuesse al tiempo del entrego, ni que huuiessen visto entonces los bienes. Y tres de los testigos referidos, Hernando de Palomares, Ysabel Gutierrez, y Catalina de Cisneros deponen, que al tiempo de la dote valian los precios a que se moderan, sin dezir que los huuiessen visto, ni a que justa, y comun estimacion valiessen los dichos precios, y no mas.

15 ¶ Y aunque en reuista se procurò prouar el mismo intento, y para conseguirlo, en la segunda pregunta se articulò la lesion, y menos valor de los bienes, reduziendo el articulo al tiempo de la entrega, y constitucion de la dote con las calidades de justa y comun estimacion, no ay testigo alguno q̃ deponga sobre esto, y algunos que dizen en esta pregunta no es sobre el valor de los bienes, si no sobre auerse vendido, y empeñado algunos dellos, y otras cosas diuersas, y a esto se reduze toda la prouança que en la excepcion de lesion se ha hecho,

cho,

cho, la qual no lo prueua por las razones siguientes.

16 ¶ La primera, porque no concluyen la lesion al tiempo del recibo como es preciso, l. si voluntate, C. de rescind. vẽdit. cap. cum dilecti, de empt. & vendit. l. Titius, ff de mil. testam. l. 2. §. qui ad munera, ff. de vacation. munerum, Pinel. in l. 2. C. de rescind. 3. part. cap. fin. num. 8. & 15. & probant communiter scriuentes, & in terminis Afflict. decil. 270. à num. 5. Barbos. in l. ęstimatis 51. num. 23. ff. solut. matrim. sin que se pueda justificar por las ventas subsequentes; quia pretia rerũ sæpè numero tempore mutantur, l. pretia rerum, ff. ad l. falci. vbi DD. l. 3. §. diui fratres, ff. de iur. fisc. ibi: *Pretia rerum non ex præterita emptione, sed ex præsenti stimatione constitui*, cum alijs, Mascard. de probationibus, conclus. 961. num. 4. volum. 2. & conclus. 1225. nu. 7 volum. 3. principalmente en bienes muebles y vestidos que con vso de poco tiempo tienen mucha mudança en su valor, y aunque esten en el mismo estado se pierde mas de la mitad en ellos tratandose de vender, y assi no es suficiente la razon que los testigos dan de el menos valor, que es auerse vendido en los precios a que se reduzen en almoneda, que se pretende auer hecho dellos la dicha doña Catalina.

17 ¶ La segunda, porque no expressan que el valor a q̃ reduzen los dichos bienes sea el que ajusta y comun estimaciõ tenian al tiempo de la tassacion, calidad que precisamente han de dezir los testigos para concluyr la lesion, porque esta no se regula por la afeccion particular, sino por la estimacion comun, dict. l. pretia rerum, ff. ad l. falcid. vbi Bart. §. vlt. num. 2. Mandel. Albens. cons. 266. per totum, Tusch. liter. V. conclus. 12. num. 42. Pinel. dict. 3. part. cap. fin. num. 41. principalmẽte que los bienes que estiman los testigos son vestidos, ropa blanca, cama, colgaduras, y otras cosas, de cuyo valor pueden tener poca experiencia, y mas la tendria el sastre que las aprecio por voluntad de las partes, y las personas que apreciaron los demas bienes, como se refirio supr. num. 13. a cuyas tassaciones y deposiciones se deue dar mayor credito, por auer visto los bienes, y entendido de su valor, que a los testigos q̃ despues sin verlos, y generalmente han depuesto, ex ijs que refert Mascard. de probat. conclus. 653. & conclusion. 656. num. 7. volum. 2.

18 ¶ Lo quarto que se replica a la dicha excepcion de lesion es, que como tiene verificado Antonio Maldonado, los bienes de la dote no estan en ser, si no consumidos, o vendidos, y para que pudiera tener lugar este remedio, auian de estar en

ser,

ser, y en el mismo estado, l. si res 13. §. si mulier, ff. de iure dotium, ibi: *Quod si decessit Marcellus ait, magis æstimationem præstandam, sed non iustam, sed ea quæ facta est*, l. si circunscripta 6. §. sim autem, C. solut. matr. ibi: *Sim autem etiā maritus in æstimatione grauatum se alleget, non amplius quam pretium iustum restituere compelletur. Hæc tum locum habent cum res in natura sunt, si tamen extinctæ sint pretium, quod dotali instrumento inditum est, considerabitur*: vbi Ang. & Salicet. quod sentire videtur Gregor. glos. 2. ibi: *Vbi hoc limitatur*, in l. 16. tit. 11 part. 4. Barbos. in l. æstimatis 51. num, 23. vers. *Quæ tamen*, ff. solut. matrim. quod est regulare in omni læsione, glos. in l. 2. C. de rescind. verbo, *iudicis*, l. 56 tit. 5. part. 5. Bart. in l. quod te mihi, num. 4. ff. si certum petat. vbi Alex num. 4. Ias. num. 15. Socin. num. 12. Detius 1. lectur. num 6 Pinel in dict l. 1. part. 2. cap. 1. num. 36. & 37. vbi Padill. num. 37. Dom. Couarr. lib. 2. var. cap. 4. num. 14. Gutierr. lib. 2. practicar. quæst. 136. à num. 2. Matienç. l. 1. glos. 8 num. 26. tit. 11. lib 5. Recop. Parlad. diff. 56. n. 4. Hermos. in d. l. 56. tit. 5. p. 5. gl. 10. n. 1.

19 ¶ Lo quinto, & vltimo respondetur, que no està en tiempo de poner esta excepcion, porque han passado desde el recibo y tassacion de la dote. que fue a principio de el año de 23. quinze años, y si la lesion, que es vltra dimidiam iusti pretij intra quadrienium proponi debet iuxta decisionem, l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop. con quanta mayor razon se aplicarà esta determinacion a nuestro caso, en que la lesion que se pretende es intra dimidiam iusti pretij.

Segunda excepcion, de que los 12U595 reales de resto de la dote no se entregaron.

20 ¶ Esta excepcion es cierta, en quanto a que esta cantidad no se recibio por don Antonio al tiempo de la escritura de dote en que confessò auerla recibido, porque parece que el mismo dia se otorgò por el dicho Licenciado Antonio de Otazo, padre de la dicha doña Catalina escritura, en que se obligò a pagar esta cantidad, por no auerla entregado, pero es incierta la excepcion, en quanto se pretende que esta cantidad no se ha pagado, porque es cierto que despues se pagò toda, y porque solo tenemos prouança de dos partidas pagadas a cuenta

a cuenta destos doze mil reales, vna de dozientos ducados, y otra de trezientos, no insistimos en la demas cantidad, y de estas dos se haze cargo, y se mandan pagar en la sentencia de vista, porque ay dellas plena prouança.

21 ¶ La de los dozientos ducados se funda en vna escritura otorgada en esta ciudad en veynte y seys de Otubre de 1635. por don Antonio, y doña Catalina, por la qual recibio de Geronimo de la Torre Epalça, procurador que fue en esta Real Chancilleria, dozientos ducados por vn derecho perteneciente al dicho Licenciado Antonio de Otazo su padre, y suegro, como heredera que la dicha doña Catalina era del dicho su padre, en presencia del escriuano y testigos, de que dà fee el escriuano, por lo qual no se puede dudar de la certeza desta partida, y menos que sea a cuenta de lo que se deuia de la dote, porque siendo deudor el dicho Licenciado Antonio de Otazo de los dichos 12U. reales, menos lo que estaua pagado, y acetando el dicho Antonio Maldonado por si y su muger la herencia, y cobrando a cuenta della los dichos dozientos ducados, tiene en quanto a esta cantidad fuerça de paga la acetacion, l. stichum 95. §. additio, ff. de solution. l. debitori creditor, ff. de fideiusor. l. planè, §. planè, ff. de leg. 1. vbi Ruin. & Cuman. Alex. dict. l. planè, §. si duobus, num. 1. vers. *Vel secundum*, vbi Ias. num. 1. vers. *Aliam rationem*, creditor enim iure sui crediti potius, quam vti hæres res hæreditarias consequi censetur, l. fundo, ff. ad l. falcid. Bart. in l. peculium, ff. de peculio, & in l. is qui, ff. de condit. indebiti, & refert l. si ei cui, §. 1. ff. de euictionib. Paul. de Castr. in dict. l. peculium, in prin. Socin. iun. cons. 170. à num. 5. volum. 2. in nostris terminis ita decissum affirmat, Surd. decis. 224 á n. 8. vsque ad 11. & à n. 18 vsque in finem.

22 ¶ La prouança de la partida de trezientos ducados se funda en el testamento que en treze de Diziembre de 633. otorgò el dicho don Antonio, en que confiessa, que a quenta de mayor cantidad que se le quedò deuiendo de la dote, ha recibido trezientos ducados del Licenciado Antonio de Otazo, y ay assimismo prouança de el recibo de esta partida, que lo deponen doña Ysabel de Angulo Vargas, tia de doña Catalina, y Iuana su esclaua, en la tercera pregunta de la prouança de vista.

23 ¶ Con lo qual no se puede dudar de la certeza desta partida, porque aunque es controuertido si la confession del marido prueua el recibo de la dote, conuienen todos los Doc

tores,

tores, en que precediendo promesa y obligacion, es suficiente la confession del marido, y prueua plenamente la numeració sin que se pueda oponer excepcion non numeratæ dotis, l. in contractibus, §. sed quoniam, vers. *Illis*, C. de non numerat. pecun. ibi: *Illis etiam securitatibus, quæ post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte, vel in solidum exponuntur, nullã exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus opponi*: vbi glos. verbo, *Exponuntur*, Bart. num. 9. Bald. num. 8. & 9. Paul. de Castr. Salicet. & Fulgos. Ioannes Andr. in additionibus ad Speculat. Rubric. de donat. inter, in fin. Anton. Gomez, in l. 50. Taur. num. 52. Dom. Couarr. lib. 1. var. cap. 7. num. 7. vers. *Cæterum*, Matth. de Afflict. decis. 402. num. 9. vers. *Sed in contrarium*, Aluar. Valasc. consult. lib. 1. consult. 5. nu. 9. Fontanell. de pact. nupt. claus. 14. glos. vnic. part. 1. num. 31. Y en nuestro caso precedio la promesa de los quatro mil ducados de dote en q̃ se comprehende la cantidad de trezientos ducados que confessò auer recibido el dicho don Antonio, y precedio escritura de obligacion que hizo de pagar la cantidad de los doze mil reales el dicho Licẽciado Antonio de Otazo, y assi se ajusta la resolucion referida.

24 ¶ Porque en estos terminos la confession de recepto hecha por el marido, no es derechamente en fauor de la muger para que se pueda presumir fraude, en que se fundã los Doctores para que no prueue numeracion, si no en fauor del padre, o persona que por las promesas precedentes estaua obligado a pagar la dote, o parte della, vt ingeniose considerat Decius, cons. 536. num. 9. ibi: *Ad hoc etiam respondetur primo, quod ista confessio non fuit facta inter maritum, & vxorem, in quibus caderet suspitio, sed fuit facta ista confessio inter Ioannem Bol. maritum, & Benedictum fratrem Magdalenæ, qui Benedictus recepit confessionem nomine suo, & fratrum, qui erant debitores dotis, & hæredes Iacob. Cop eorum patris, qui reliquerat dotem suæ filiæ, & ideo talis confessio non est facta inter suspectos*. Paul. de Castr. in l. 1. num. 8. ff. solut. matrim. ibi: *Quartus est, quando fuisset facta constante matrimonio tamen præcessit promissio mulieris de dote danda: nam & tunc non præsumitur facta in fraudem, nec habet locum exceptio non numeratæ dotis*. Afflict. in dict. decis. 402. n. 10. y hecha spe futuræ promissionis, y assi se cumplio con la obligacion que de pagar hizo el padre, y en todos los doze mil reales se pudiera pretender derecho, vt alijs Fontanell. de pact. nupt. glos. 14. glos. vnic. p. 2. à n. 2.

25 ¶ Y por ser esta confession hecha en testamento, tie

ne

ne mayor fuerça en este caso que si fuera en contrato, porque en lo regular que se admite la excepcion non numeratæ pecuniæ, seu dotis, contra la confession, nulla præcedente promissione se limita si la confession de recepto està hecha en testamento, que entonces aunque no aya precedido promesa prueua plenamente la numeracion, y cessa el fraude que en contrato se pudiera presumir, glos. & Bald. in l. 1. C. de fals. caus. adiect. legat. idem Bald. in l. fin. col. vlt C. de non numer. pecun Salicet. l. in contractibus, in princip. C. eod. Rebuf. ad constitutiones Galiæ, tom. 1. tit. de chirographi recognitione, art. 2. num. 43. & 44. Acosta, in l. si ex cautione, versicul. *Duodecimo fallit*, C. de non numer. pecun. Anton. Gom. tom. 2. variar. cap. 6. num. 5. Mascard. de probat. conclus. 359. nu 20. & 361. num. 34. Menchac. de successión. creat. lib. 1. § 6. n. 29. Mantic. de tacit. & ambig conuen lib. 18. tit. 6. n. 19. alios refert Hermos. in addit. ad gl. 7. l. 9. tit. 1. p. 5 n. 40.

26 ¶ Et in terminis confessionis dotis facta in testamẽto consuluit, Decius, cons. 536 num. 10. ibi: *Maritus in testamento disposuit pro exheredatione hæredis sui, euidens conjectura habetur de veritate confessionis, ita quod de illa dubitandum non sit*: quia in actibus qui in testamento fiunt, præsumptio fraudis locum non habet, l. fin. C. ad l. Iuliam repetund. cap. litteras, de præsumption.

27 ¶ Y no solo prejudica esta confession al marido, y a sus herederos, si no a los terceros posseedores, y acreedores anteriores, porque la dotrina de Acursio, in l. asiduis, C. qui potiores in pign. habeant. verb. *datæ*, videlicet quod dotis cõfessio tertiæ personæ non nocet, se limita quando ay promesa de la dote precedente, que en este caso como prueua plenamente la numeracion, ex supr. dict. tiene todos los priuilegios de verdadera dote, y prejudica a los terceros y acreedores anteriores, Paul. de Castr in l. 1. num. 8 ff. solut. matrim. Alciat. ibi, num. 16. Roman. cons. 445. Bald. in tractat. de dote, p. 10. num. 18. ita in terminis decissum fuit apud Matth. de Afflict. decis. 402. à num. 9. & num. 12. in fin. ibi: *Ergò idem dicendum est in creditoribus mariti, vt non possint opponere exceptionem non numeratæ dotis si præcessit instrumentum promissionis dotium, & postea sequitur confessio dotis receptæ*. Dom. Couarr. lib. 1. var. cap. 7. num. 7. vers. *Cæterum*, Aluar. Valasc. consultat. dict. libr. 1. consult. 6. num. 11. in 9. conclus. Y aunque desde el nu. 12. argumenta contra las conclusiones que dexa fundadas, es cõfessandolas por comunes, y que se deuen seguir in iudicando,

ibi: *Et quamuis supra scriptæ conclusiones communius receptæ sunt, & secundum eas in praxi iudicetur mihi semper magis placuit.* Ioan. Gutierr. allegat. 11. num. 17. Barbos. in l. 1. ff. solut. matrim. p. 6. num. 50. vers. *Quod si procedat dotis promissio*, in fin. ibi: *Item cum prædicta confessio in his terminis præsumatur vera, non solum nocebit marito confitenti, sed & etiam creditoribus, Bolognet. hic, num. 261. & alij adducti per Anton. Gabriel, lib. 3. commun. tit. de iure dotium, conclus. 4. n. 2. & asserit receptum Belon cons. 4. n. 7. Mascar. de probat. 1. p. concl. 566. n. 9. Fontanell. de pact. nup. claus. 14. glos. vnic. p. 1. n. 32. & 33.*

28 ¶ La confession de don Antonio de auer recibido estos trezientos ducados, està ayudada de las deposiciones de los dos testigos de doña Catalina, que se refirieron sup. n. 22. que concluyen el entrego, los quales prueuan (aunque sea tia y esclaua) porque es hecho sucedido entre deudos, y en casa, l. consensu, § sin autem, vers. Super plagijs, C. de repudijs, l. 14. tit. 16. part. 3. notant communiter DD. quos refert Farin. quæst. 54. num. 76. & in terminis probationis dotis, cũ alijs, Ioan. Gutierr. allegat. 11. num. 8. y aunque no constituyan plena prouança, y solo se les dè a sus deposiciones fuerça de indicio, glos. 1. in l. etiam, ff. de probat. Bald. cons. 50. num. 1. lib. 2. Crotus, de testibus, part. 3. num. 8. Mascard. de probation. lib. 1. conclus. 408. n. 15. Farin. d. q. 54. n. 70. de testibus es suficiente prouança en este caso.

29 ¶ Porque qualquiera indicio, o presuncion que cõfirma la confession de recepto (en caso que no preceda promesa) prueua plenamente la numeracion, l. cum fidem 4. C. de non numer. pecun. Bald. in rubric. C. de preuileg. dotis, num. 6 Felin. in cap. si cautio, num. 81. de fide instrum. Socinus, cons. 122. lib. 3. col. 5. Decius, cons. 536. num. 9. & 10. tom. 2 etiam contra tertios, & creditores, Dom. Couarruu. lib. 1. cap. 7 num. 6. vers. *Si ex confessione*, Crauet cons. 40. n. 4. Menoch. cons. 7. num. 10 lib. 1. Barbos. l. 1. solut. matrim. p. 6. n. 41. vers. *Illud denique certum est.*

30 ¶ Y en caso que no tuuiera en su fauor doña Catalina las resoluciones referidas, no se le podia oponer la excepcion non numeratæ dotis, porque està passado el termino de oponerse, que son treynta dias, porque precediendo obligacion de pagar la dote la confession de recepto, obra liberacion, y en este caso tiene esta excepcion termino de treynta dias, y passados no se admite, l. in contractibus, §. super ceteris, C. de non num. pecun. vbi Bart. num. 11. Bald. num. 9. Gre

gor.

gor.glos.fin.in fin.in l.9.tit.1.part.5.vbi Hermos.nu.18.Gratian.decis.125.in addit.num.18.Ceuall.quæst.38.nu.6.& 7. & quæst.699.num.7.y el Auth.quod locum, C. de dote caut. non numer. que dà diuersos terminos, conforme la duracion del matrimonio no habla en caso que precedio promesa, como en el nuestro,y aunque huuiessemos de estar a su decision, estaua passado el termino, porque durò el matrimonio desde el año de 23.hasta el de 36 mas de diez años,& tunc exceptio non numeratæ dotis denegatur,ibi: *Sed si decenium transcurrerit omnino querella denegatur*: y aunque huuiera durado menos tiẽpo siendo vltra bienium, solo concede tres meses à die soluti matrimonij ad proponendam quęrellam, los quales estauan passados,y mucho mas quando se intentò la demanda.

31 ¶ El lapso deste tiempo prejudica a los acreedores y terceros,porque aunque estos tengan derecho para proponer esta excepcion,ha de ser intra prædicta tempora, l. sicut 15.C.de non numer.pecun. ibi: *Intra statuta, scilicet tempora eadem se exceptione tueri.* Bart.in l. assiduis, C. qui potior. vbi Angel. Paul. in l. si marito,in princ. ff. solut. matrim. Bald. in l.pecuniæ,C.de solutionib. Anton. Gomez, in l. 45. Taur. num.86. Roder. Suar. in l.post rem iudicatam, limitat.2.n.5. & in terminis dotis tenent etiam Bald.de dote,part.10.n.11. Anton.Gom.in l.53.Taur.num.52.Tiraquell.de vtroque retract.tit.1.§.1.glos.18.num. 88. Afflict.decis. 402. num. 11. Roland.cons.31.lib.1.num.42.Dom Couarruu. lib.1.cap.7. num.6.vers. *De creditoribus*, Ioan Gutierr.allegat.11. nu. 14. Valasc.consult.6.num.5.Barbos.in l.1.solut.matrim. part.6. num.34.Boer.decis.330.num.3.Gratian.tom. 2.cap. 362. & decis.103 num.18 Fontan.de pact.nupt claus.14.glos. vnic. part.1.num.81.Hermos.in addit.ad glos.5.l.9.titul.1.part.5. num.44.

32 ¶ Y aunque algunos de los Doctores referidos requieren ciencia en los acreedores, o terceros desta confessiõ, para que les prejudique el lapso del tiempo,presunciõ es euidente que el dicho Antonio Maldonado tuuo noticia de ella, por ser su hijo el que la hazia en testamento otorgado estando en su casa,no cerrado,si no abierto y declarado delante de los testigos del otorgamiento,y se comprueua mas la ciencia con lo que ha pretendido prouar contra la confession de que fue inducido el dicho don Antonio con persuaciones de doña Catalina,y de las presunciones referidas resulta bastante prouãça de ciencia,vt in simili tradit Papinian. in l. octaui 9.§.fin.

ff. vnde cognati, ibi: *Quia verisimile non videbatur tam coniunctū sanguine defuncti valetudinem ignorasse*. l. de tutella 7. C. de in integr. rest. vbi & alibi notant DD. communiter.

33 ¶ El dicho Antonio Maldonado ha procurado prouar, que la dicha cantidad no la recibio el dicho don Antonio, y que hizo la confesion persuadido de la dicha doña Catalina, lo qual articula en la pregunta treze del interrogatorio de vista, para valerse de la resolucion de algunos Doctores que contra las decisiones de los textos permiten que se pueda alegar esta excepcion, aunque estè passado el termino, tomando en si el que la opone la carga de prouar, y no le puede aprouechar, porque los testigos no responden cosa de consideracion, como se ajustò a la vista, viendose en esto todos los testigos, y aora asimismo se ha ajustado.

34 ¶ Reconociendo los Abogados contrarios la prouança que ay del recibo de estas dos partidas de dozientos y trezientos ducados a cuenta de la dote, dizen que no puede el oficio que possee Antonio Maldonado estar hipotecado a la paga dellas, porque lo possee desde quinze de Setiembre del año passado de 24. y estas dos partidas las recibio don Antonio en treze de Diziembre de 33. y en seys de Otubre de 35. tiempo en que ya estaua enagenado, y adquirido en el derecho perfecto, y assi no puede en su perjuyzio auer hipoteca en el oficio, l. Titius penult. ff. quæ res pign. obl. pos. l. qui balneũ, §. fin. ff. qui potior. in pign. l. 27. tit. 13. p. 5. oposicion que no puede ser de efecto alguno.

35 ¶ Porque procede en caso que le era licito al deudor no obligarse dexando de recibir la cãtidad del acreedor, l. qui pecuniam 30. ibi: *In potestate habet ne accipiendo se ei astringat*: ff. si certum pet. Y en caso que le fue preciso al deudor recibir la cantidad que se le auia prometido, se contrae la hipoteca desde el tiempo del contrato, y no se atiende al de la numeracion, aunque sea en perjuyzio de acreedores, y terceros posseedores, a quienes en el intermedio tiempo de la obligacion y numeracion les estaua adquirido derecho, y la resolucion deste vltimo caso se ajusta al nuestro, porque auiẽdo precedido promesa y obligacion de la dote, le fue preciso a don Antonio recibir las cãtidades q̃ a cuenta dellas se le pagassen, ne vxor indotata remaneret: y assi se deue atender para la hipoteca el tiempo de la obligacion.

36 ¶ Probat expresse Papinian. in l. 1. ff. qui potior in pign. ibi: *Qui dotem pro muliere promisit pignus, siue hypothecam*

de

de restituenda sibi dote accepit, subsequuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignoriali dedit mox residuæ quantitatis numeratio impleta est, quærebatur de pignore responsum est, cum ex causa promissionis ad vniuersæ quantitatis ex solutionem qui dotem promissit, compellitur, non vtique solutionum obseruanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis, nec probe dici potest in potestate eius esse, ne pecuniam residuã dederit, vt minus dotata esse mulier videatur: vbi Bart. & in dict. l. Titius, l. 33. in fin. tit. 13. part. 5. versic. *Otro si dezimos*, Gregor. in l. 27. tit. 3. part. 5. glos. 3. Roderic. Suar. in l. post rem iudicatam in declarationibus legis Regni, limitat. 7. num. 4. Afflict. decis. 402. à num. 9. vsque in fin. donde afirma, que se decidio en esta conformidad, y es la decision enlos mismos terminos de nuestro caso, porque precedio promesa de la dote, y despues confession de el marido de recepto, y se le concedio derecho a la muger para cobrar la dote contra los bienes adjudicados a terceros en el intermedio tiempo, y el principal fundamento de la decision fue la l. 1. ff. qui potiores, que se pondera num. 9. vers. *Sed in contrarium*, & num. 15. vers. *Nec obstant in contrarium allegata*. Dom. Couarr. lib. 1. var. cap. 7. num. 6. vers. *Cæterum*, Valasc. consultat 6. nu. 11. in fin. Barbos. in l. 1. solut. matrim. part. 3. num. 34. vers. *Denique*, & 6. part. num. 52. vers. *Atque proinde*, Fontanel. de pact. nupt. claus. 7. glos 2. part. 1. num. 27. Cancer. var. lib. 3. cap. 1. de actionib. & obligation. á num. 1. qui extendit decisionem dict. l. 1. ff. qui potiores ad alios contractus, in quibus creditori pecuniam promissam accipere necessariũ fuit: por lo qual no se puede dudar que comprehenda nuestro caso, y q̃ estè verificada la certeza de la dote en estas dos partidas, y cõtraida la hipoteca en el oficio desde el tiempo de la promesa de dote, aunque estuuiesse enagenado en el de la numeracion.

Excepciòn de que no ay obligaciõ de pagar reditos de la dote.

37 ¶ La sentencia de vista condena a Antonio Maldonado a que pague interesses de la dote desde la contestacion de la demanda, y pretende que no tiene obligacion a ello, porque la disposicion del cap. salubriter de vsuris, solo comprehende al marido, al qual se le deuen interesses de la dote ratione retardatæ solutionis: quia dotis fructus in onera matrimo-

nij conuertuntur,cap. ſalubriter 16. de vſur. razon que ceſſa en eſte caſo, y ſiendo la deuda de dinero, no ſe pueden lleuar intereſſes della,cap. in ciuitate,cap. conſuluit, cap. nauiganti,de vſuris.

38 ¶ Sin embargo eſtà juſtificada la ſentencia de viſta, en quanto manda pagar intereſſes de la dote, y ſe deue ſuplir en el tiempo,mandando que ſe paguen à die ſoluti matrimonij,porque conforme a derecho,y mas verdadera y comun reſolucion ſe le deuen a la muger,que ſoluto matrimonio repite la dote intereſſes,probat textus,in l.vnic.§. *Cum autem*,verſicul. *Sim autem*,C.de rei vxor.action. Afflict.deciſ.284. n. 3. Neguſant.de pignoribus, 5.part.memb.5.num.17. verſicul. *Iſtud autem*:donde reſuelue,que auiendo dilacion y mora en la paga de la dote, y no teniendo la viuda de donde ſuſtentarſe, es indubitable eſta reſolucion,Bald.in tractat.de dote,par. 8. præuil.22.Alexand.in l.diuortio,in princ.ff.ſolut.matr.col.6 Dom.Couarr.lib. 3. cap. 1. num. 3. verſ. 6. hinc, in fin. Menoch.conſ. 7. à num. 15.lib.1. Theſaur.deciſ.43.num.3. & 4. & deciſ.45.num.2.Fachineus,lib.3.controuerſ.cap.10.Franch.deciſ.217.& 472. Dom.Molin.lib.4 cap.5. num. 5. & 6. vbi eius Additionator.num 6.hanc reſolutionem induuitabilem fatentur,Barboſ.in l.2.in princip.ſolut.matr.part. 1. nu. 43.verſ. vlt. & verſ. *Pro concordia tamen*,Gratian. tom. 3. diſceptat cap.563.num.39. Fontanell. de pact. nuptial. tom. 2. clauſ.8.gloſ.vnic part.vnic.num.25.fol. 591. Y conforme a ella ſe ha juzgado en todos los Senados,como refieren los Adicionadores del ſeñor Molina,dict.num. 6. y en eſta Chancilleria ſe ha juzgado ſiempre por ella, de que ay muchos, y muy notorios exemplares.

39 ¶ Que por ellos compete hipoteca es la mas verdadera reſolucion,Bart.in l.ſi cum dotem,§. ſim autem in ſeuiſſimo,num.7.ff.ſolut. matrim. Paul.de Caſtr. num.3. Alexan. num.11.Rippa,in l. præuilegia,num.10.& 12.ff. de præuileg. creditor. Neguſan.de pignorib. memb.4.part.2.nu.47. Bald. de dote,part.6.præuil.7. Afflict.deciſ.10.num.3.Surd. de aliment.tit. 8.præuileg 49.per totum,&tit.9 quæſt.31. à nu. 8. vbi plures refert Statil. Pacific. de Saluian.interdict. inſpect. 3.cap.4. num.170.porque la obligacion de pagar la dote cōprehende las vſuras,Bart.in l.ſolutum 11.§.ſi in ſortem,nu.1. ff.de pignorat.act.Surd.deciſ.240.nu.16.Dom.Molin. lib.4. cap.5.num. 6. & 7. que habla en poſſeedor de bienes de mayorazgo obligado a la dote, y reſuelue, que comprehende la

obli-

obligacion de interes, y sus Adicionadoresses, dict. nu. 6. vers. *Ex adductis*, fundan, que la facultad concedida para obligar bienes de mayorazgo por la dote, comprehēde las vsuras ex vi comprehensionis, & non extensionis, quia natura actionis veniunt, vers. Nam hypotheca, ibi: *Nam hypotheca fauore dotis constituta afficit bona maioratus, etiam quo ad redditus, & interesse ex vi comprehensionis, non per modum extensionis.* Y aunque algunos de los Doctores referidos, como son Surd. dict. tit. 8 priuileg. 49. num. 8 in fin. Y Barbos. in l. 1. solnt. matr. 3. part. num. 27. vers. *Tertium*, dizen, que esta hipoteca no se halla determinada en derecho, sin embargo afirman, que es comun resolucion la que se ha fundado; y en caso de estar los bienes assignados a la paga de la dote (como estan en la escritura de dote todos los bienes de don Antonio) el mismo Barbos. que se aplicò a la opinion contraria; confiessa que compete hipoteca por los interesses, ex l. 2. ff. de aliment. & cibar. leg. & alijs quos refert d. l. 1. 3. p. n. 29. vers. *Neque etiam.*

40 ¶ Y competiendo hipoteca por los interesses, ha de ser con la misma antelacion que la deuda principal, l. Lucius 19 ff. qui potior in pig. habe. vbi Bart. num. 1. Bald. n. 1. in lect. antiqua: mayormente siendo ratione retardatæ solutionis, idem Bart. in l. centum capuæ, ff. de eo quod certo loco, num. 5. & in l. solutum, §. si in sortem, ff. de pignoratitia act. & in l. 1. ff. qui potior. in pign. hab. vbi Bald. Negusan. de pign. 5. part. memb. 1. num. 10. & 14. Bursat. cons. 103. n. 11. Surd. de aliment. tit. 8. præuileg. 49. à num. 12. donde propone esta question. Y en el num. 16. vers. *Baldus tamen*, & vers. *Et hæc est verior opinio*, defiende esta resolucion Flores de Men. libr. 2. quæst. 21. Gratian. tom. 1. cap. 103. à num. 3. Felician. de cens. tom. 2. lib. 3. cap. 5. num. fin. Rodriguez, de redditib. lib. 3. quæst 7. num. 70. los Adicionadores; Dom. Molin. siguiendo su opinion dict. lib. 4. cap. 5. num. 6. & 7. defienden lo mismo, por lo qual no se puede dudar de la obligacion de pagar los interesses, pues por culpa y dilacion està retardada la paga de la dote.

Excepcion de que no caben las arras en el valor de los bienes.

41 ¶ Pretende el dicho Antonio Maldonado, que los

 quinien-

quinientos ducados de arras no caben en la dezima parte del valor del oficio, y assi no se deuen mandar pagar (aun en caso que fuesse de don Antonio al tiempo de la promesa) ex l.1 titul. 2. libr. 3. for. l. 50. Taur. & in noua recopil. l. 2. tit. 2. libr. 5.

42 ¶ Esta excepcion no tiene fundamento, porque como se dirà en el segundo desta alegacion, el oficio de escriuano mayor de los Hijosdalgo era proprio del dicho don Antonio al tiempo de la promesa de las arras, y solo consiste la dificultad en prouar su valor verdadero, para que se conozca si en la dezima parte del caben los quinientos ducados de la promesa, y la obligacion de prouar en este caso es del marido y sus herederos, vt ex l. cum de lege, ff. de probat. & alijs, tenet Dom. Couarr. lib. 4. cap. 6. num. 7. Baeza, de non meliorand c. 36. num. 19. Ayora, 1. part. c. 7. à n. 26.

43 ¶ Y aunque Rodrigo Suarez, in l. 1. tit. 2. lib. 3 for. à num. 12 quem sequuntur Ant. Gom. in l. 50. Taur. num. 13. Matienç. in l. 2. glos. 1. num. 9 tit. 2. lib. 5. Recop. Gutierr. de iuram. cap. 1. num. 21. Mier. 1. part. quæst. 52. á num. 13. resueluen, que la obligacion de prouar en este caso es de la muger, y sus herederos admiten qualesquiera indicios, y presunciones del valor, y en nuestro caso no solo los ay, si no notoriedad de que el oficio vale seys mil ducados: y por testimonio q̃ està presentado consta, que el otro oficio de escriuano mayor de los Hijosdalgo, que ambos son iguales, que de presente lo possee Francisco Churron, lo comprò el dicho Antonio Maldonado en 5U400. ducados, poco despues que se otorgò la escritura de dote, y por pleyto que intentò Francisco Churron se le dio vendido en esta cãtidad, y en este valor cabe muy biẽ la promesa de arras, y aunque los testigos no lo ayan estimado auiendo tanta certeza del valor, se deue estimar de oficio para declarar que cabe en la estimacion la promesa de arras, argum. l. semper, § in hoc interdicto, ff. quod vi aut clã. Bart. in l. si quod ex Pamphila, num. 3. ff. de legat. 2. Ioan. Gutier. de iuram. confirm. cap. 1. num. 30. con lo qual queda fundado el primer fundamento de la certeza de la dote y arras, y que por ellas y los reditos compete hipoteca con la antelacion de la misma obligacion principal, sin embargo de las excepciones opuestas.

Fun-

44 ¶ Este fundamento se reduze a aprouar, que al tiẽpo de la dote tuuo dominio en el oficio el dicho don Antonio, y assi quedò hipotecado a la paga de la dote y arras, porque para obtener en la accion hipotecaria es necessario verificar que el deudor posseia como suya la hipoteca tempore obligationis, l. & quę nondum, §. 1. l. si superatus, ff. de pignoribus, Paz in praxi, tom 3. cap. 2. §. 4. num. 33. y con menos se contenta el derecho, videlicet rem in potestate debitoris tempore obligationis fuisse, nisi ex aduerso dominium in altero probetur, Flor. de Men. in additionib. ad Gam. decis. 99. & decis. 322. vers. 5. Dom. Castill. lib. 4. cap. 40. num. 68. Y en nuestro caso tenemos verificado el medio mas riguroso, que es de verdadero dominio que del oficio tuuo el dicho don Antonio al tiempo que otorgò la escritura de dote.

45 ¶ El qual se prueua con la escritura de capitulaciones otorgada en quinze de Febrero de 623. en la qual el dicho Antonio Maldonado le dio el dicho oficio hisce verbis: *Y para que mejor lo passen los dichos don Antonio Maldonado, y la dicha doña Catalina, que queriendo Dios ha de ser su esposa, el dicho Antonio Maldonado Caluillo promete de le dexar al dicho su hijo en possession, y propriedad el dicho oficio de escriuano de Camara de los Hijosdalgo, como oy lo tiene en su cabeça, y para que los aprouechamiẽtos del sean suyos proprios, de lo qual le otorga escritura en forma con las fuerças que conuenga el dia que se desposaren, que si es necessario, desde luego para entonces se desiste del derecho que tiene al dicho oficio, y lo cede en el dicho su hijo para que sea suyo proprio, y vsufruto del.* En virtud desta escrtura tuuo efeto el matrimonio, con lo qual se cumplio el caso dela promesa, y quedò el oficio por del dicho don Antonio, y estando ya casado, en veynte de Março del mismo año de 623. otorgò la escritura de dote, y lo confiessa en ella, ibi: *Yo soy desposado por palabras de presente, que hazen verdadero y legitimo matrimonio:* y se intitula escriuano mayor de los Hijosdalgo; y assi no se puede dudar auersele adquirido el dominio del oficio.

46 ¶ Porque aunque fue promesa de darle el oficio el dia que se desposasse, cumpliendose el caso, y condicion de la promesa de donar, se tiene la donacion por perfeta sin otro acto alguno, Accurs. verb. *manifestauerit*, §. *perficiuntur*, Instit. de donationib. Bart. in l. iuris gentium, num. 2. ff. de pactis,

Af-

Afflict. decis. 61. in princip. Pinel. in l. 2. part. 2. cap. 3. nu. 30. C. de rescind. D. Couarr. in cap. quamuis pactum, part. 3. in initio, num. 3. Angul. de melioration. l. 6. glos. 11. num. 2. Fachineus, controuers. lib. 2. cap. 7. & 8. Dom. Castill. lib. 2. cap. 3. per tot. & lib. 5. cap. 67. num. 44. Valasc. tom. 1. consultat. 83. à num. 2 & tom. 2. consult. 153. Cancer. var. tom. 3. cap. 7. de pactis, à num. 121. qui omnes preter alia mobentur ex authoritate, Ioan. Andr. in addition. ad Speculator. in tit. de obligation. & solutionib. in princ. supra rubrica, colum. 1. Y en terminos de promesa de donar, causa matrimonij, licet nõ fiat in scriptura, quod habeatur pro perfecta donatione, latè fundat Menoch. cons. 92. per tot. tom. 1. alios refert Fontan. tom. 1. claus. 4. gl. 9. p. 4. à n. 28. fol. 170.

47 ¶ Mayormente por las palabras de la donacion, ibi: *Que si es necessario, desde luego para entonces se desiste del derecho que tiene al dicho oficio*: las quales aunque no alteren la sustãcia de la disposicion, ex glos. in Clement. 1. in verb. *Ex tunc, de concessione præbendæ*: pero verificandose el caso, o condicion en que se confiere la disposicion, se retrotrae ad tempus appositionis clausulæ, vt ex pluribus tenet Tello Hernand. alegado por los Abogados contrarios, in leg. 17. Tauri, numero 41. ibi: *Sed tempore existentis conditionis retrotrahitur ad tempus oppositionis clausulæ*, y desde entonces se juzga el contrato perfeto, y el derecho adquirido irreuocablemente, por ser hecho el contrato y donacion ex causa onerosa matrimonij, l. 17. & 44. Tauri, in quibus & alibi Doctores notant communiter.

48 ¶ Y no fue necessaria acetacion de don Antonio para la irreuocabilidad desta donacion, porque se otorgò entre Antonio Maldonado, y el L. Antonio de Otazo, el qual era interessado en su validaciõ, porq̃ cõ el oficio su hija y yerno pudiessen sustẽtarse, y en estos terminos aun cõforme a derecho comũ era la estipulaciõ valida e irreuocable, l. stipulatio ista, §. si stipuler, ff de verb. oblig. §. sed & si quis stipuletur, Inst. de inut. stipulat. l. 7. tit. 11. p. 5. Y porque es resolucion prouable, ex l. 2. tit. 16. lib. 5. Recopil. que no es necessaria acetacion, quam defendunt Pater Molin. de iustitia & iur. tom. 2. disp. 236. vers. *Iuxta hæc*, Angul. de meliorat. l. 1. glos. 5. num. 28. & glos. 8. num. 17. Ceuall. quęst. 54. in fin. Flor. de Mena, in additione ad Gamm. decis. 8. Dom. Castill. tom. 5. cap. 130. num. 21.

49 ¶ Y en caso que fuesse necessaria acetacion, la ay de hecho,

hecho, que es mas eficaz que de palabra, porque en virtud de la dicha escritura continuò don Antonio la possession, y vso del oficio, gozando los emolumentos, hasta que por el año de veinte y quatro lo enagenò en el dicho su padre, y si la presencia del donatario induze acetacion, Angel. consl. 183. n. 3. Dom. Couarr. de testamentis, 3. part. num. 13. vers. *Verum si donatarius*, Dom. Molin. cum alijs, lib. 4. cap. 2. num. 76. vbi addentes alios referunt: con quanta mayor razon se inducirà acetacion con el hecho de vsar de los bienes de la donacion, cum factis magis quam verbis voluntas declaretur, l. de quibus, ff. de legib. l. si tamen, §. ei qui, ff. de ædilit. edict.

50 ¶ Y en terminos que el que tiene possession de la cosa comprehendida en la donacion, y la continua sea visto acetarla, probatur in l. Imperator, vers. *Enim vero*, ff. de leg. 2. cum Socin. Bald. Afflict. & Thesaur. sic tenent addentes ad Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 76. vers. *Quid si possideant bona in donatione comprehensa*: vbi rationem reddunt, quod possessio subsequuta ex titulo præambulo donationis intelligitur ex glos. in l. quædam mulier, ff. de reiuindicat. & alijs que ibi referunt, lo qual se ajusta a nuestro caso, por auer estado el dicho don Antonio posseyendo el oficio tempore promissionis, y continuado en virtud della su possession, con que no se puede dudar que el oficio fuesse de don Antonio antes y al tiempo de la escritura de dote.

Excepcion de simulacion que se opone contra la promesa matrimonial.

51 ¶ Pretende prouar el dicho Antonio Maldonado, que el dar el oficio a su hijo fue en confiança, respeto de no poderlo vsar en aquel tiempo, y assi el contrato fue ninguno, y no se adquirio por el derecho, ni dominio, l. nuda, ff. de contrah. empt. l. 2. C. plus valere quod ag. excepcion que no tiene fundamento.

52 ¶ Porque se han de distinguir dos tiempos. El primero antecedente a las capitulaciones en que el dicho Antonio Maldonado dio el oficio a su hijo. Y el segundo el tiempo de la promesa. Del primero tiempo se articula la confiança en la segunda pregunta del interrogatorio del dicho Antonio

Maldonado en la prouança de vista, y deponen los testigos cõ genaralidad, sin expressar que la promesa y capitulacion ma trimonial fuesse en confiança del segundo tiempo, que es el de la promesa, ni se hizo pregunta limitada a el, ni los testigos deponen de simulacion y confiança deste tiempo, como se ajustò al tiempo de la vista, que se leyò toda la prouança q̃ en esto auia: de que se infiere, que notoriamente falta prouança de la simulacion, y confiança, porque quando la huuiesse auido en el tiempo antecedente, con el titulo cessaua; y assi era necessario que los testigos concluyessen que el titulo de la promesa matrimonial fue en confiança; y en caso que la huuiessen concluydo no puede obrar en este caso, porque de las donaciones que se hazen con tercero, causa matrimonij, se adquiere derecho a la muger, por el interes que resulta de tener el marido capital con que mas bien se sustenten, y en su perjuyzio no puede auer simulacion, ni renunciar el marido el derecho a la donacion, aunque lo huuiera hecho expressamẽte por contra escritura, Bald in l. Præses, C. de donation. vers. *Tamen*, Alex. cons. 10. num. 4. lib. 4. Tell. Hern. in l. 17. Taur. num. 73. Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 18. Auend. in l. 44. Taur. glos. 15. num. 2. Mier. quæst. 39. part. 1. Fontan. tom. 1. claus. 4. glos. 1. num. 23. Menoch. cons. 92. num. 79. lib. 1. Cácer. lib. 1. cap. 8. num. 34. Thom. Sanch. libr. 6. de matrim. disp. 32. num. 2. Dom. Castill. qui alios refert, lib. 5. c. 119. à num. 12. & addentes ad Dom. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 18. idem tenent alios referentes.

Excepcion de que no tomò possession don Antonio en virtud del nueuo titulo, y assi no pudo adquirir el dominio.

53 ¶ Viendose el poco fundamento de la excepciõ de simulacion, alega el dicho Antonio Maldonado, que siendo cierto que antes de la promesa matrimonial posseia el dicho don Antonio el oficio en confiança, no pudo el titulo trãsferirle dominio, porque era necessario en virtud del tomar la possession de nueuo, y no pudo con sola su voluntad mudar la causa della, l. 3. §. illud, ff. de acquir. poss. l. non solum, §. quod vulgo,

vulgo,ff.de vsucapion. l. cum nemo 5. C. de acquir poss. Y siendo la primera possession precaria, y en cōfiança en la misma se quedò, y faltandole possession verdadera en virtud del titulo, no pudo tener dominio, l. traditio, ff. de acquir. rer. domin. l. traditionibus, C. de pact.

54 ¶ Intento que se desuanece facilmente, porque las leyes referidas proceden en caso que vno quisiesse por sola su voluntad mudar la causa de su possession, que esto es prohibido, y en caso que demas de su voluntad le sobreuiene titulo y causa extrinseca, posseyendo en virtud del nueuo titulo, adquiere el dominio, & tunc possessionis causa mutare non dicitur, vt incidat in prohibitionem dict. l. 3. §. illud, in fin. vbi glos. verbo, *mutare*, ibi: *Vt sit prohibitum per præcedentem regulā, imo permissum, quoniam extrinseca causa accedit*, d. l. cū nemo 5. C. eod. tit. ibi: *Nulla extrinsecus accidente causa*, vbi glos. verbo, *extrinsecus*, vbi notant DD. quos refert Barbos. in l. 2. C. de prescript. 30. vel 40. ann. à n. 273.

55 ¶ Y las mismas leyes que se alegan por los Abogados contrarios, son confirmacion de nuestra pretension, porque resueluen, que si al comodatario, o depositario le sobreuiene titulo de donacion, o venta, adquiere el dominio sin tomar de nueuo la possession, dict. l. 3. §. illud, l. qui bona 19. §. *quod scriptum*, ff. de acquir. possess. l. non solum 33. §. quod vulgo, ff. de vsucapionib. l. quædam mulier, l. eius rei, ff. de reiuindicat. l. certi conditio, §. *deposui*, ff. de reb. credit. vbi glos. verbo, *possidere*.

56 ¶ Lo qual no es especial fauore pecuniæ, sino regular en todos los contratos que el que tiene la detentacion voluntate domini, si despues se concede titulo suficiēte ad translationem dominij, lo adquiere sin que sea necessario que tome en virtud del possession, l. qua ratione 9. §. *interdum*, ff. de acquir. rerum dom. §. interdum, Instit. de rerum diuis. vbi Dom. Pichard. l. 47. tit. 28. part. 3. Cuiac. lib. 4. obseruat. cap. 3. Bart. dict. l. certi conditio 9. §. *deposui*, ff. de reb. credit. vbi Bald. Paul. Alex. Ias. & Alciat. Ant. Gom. in l. 45. Taur. num. 45. si tempore tituli detentatio sit apud conductorem commodatarium, seu depositarium, glos. 1. in l. hæc si res 47. ff. de reiuindicat. & in dict. §. *deposui*, Bart. Bald. Paul. Ias. & Alciat. Resolucion que literalmente se ajusta a nuestro caso, porque Antonio Maldonado pretende auer dado el oficio en confiança, y deposito al dicho don Antonio su hijo antes de la escritura de capitulaciones, y que al tiempo della, y del matrimo-

trimonio lo estaua posseyendo con su voluntad el dicho don Antonio, y en esta conformidad lo articula, y prueua en la 2. y. 3. pregunta del interrogatorio de vista: por lo qual con el titulo sin necessitar de otra entreg a alguna, se le adquirio el dominio.

57 ¶ Y en caso que esta excepcion pudiesse tener algun fundamento, no se puede valer della el dicho Antonio Maldonado, porque el titulo con que tiene el dicho oficio, es adquirido del dicho don Antonio su hijo, el qual por escritura que otorgò en quinze de Setiembre de veynte y quatro, haze relacion como el dicho su padre puso en su cabeça el oficio, y despues el año de veynte y tres por escritura ante Luys de Monsalue(que es la capitulacion matrimonial) se lo dio en propriedad, para que gozasse del como cosa suya propria para ayuda a su casamiento, y respeto de no poderse sustentar con el, entregò al dicho Antonio Maldonado su padre el dicho oficio, para que lo tenga y possea segun y como de antes era suyo, y en virtud desta escritura vsò, y vsa el dicho Antonio Maldonado el oficio: y assi no puede oponer defeto de dominio en su autor, de quien tiene titulo, l. si quis conductionis, C. de locato, vbi Bart. num. 3. & ibi additio plura refert. Y en terminos que el tercero posseedor tiene causa del deudor principal, se escusa al acreedor de prouar el dominio en el deudor, vt ex Salicet. in l. cum res, C. si aliena res pignori data sit, tenet Negusant. de pignor. memb. 3. part. 8. à nu. 9. Y aunque esta escritura se quiere cabilar, diziendo que prueua la simulacion, porque en ella se dize que le dà el oficio, para que lo tenga como antes lo tenia, y que esto se ha de entẽder del tiempo inmediato a la escritura, y no del antecedente al matrimonio, no tiene fundamento, porque en la escritura entra diziendo el dicho don Antonio, como el dicho su padre le dio el oficio en propriedad por la escritura matrimonial, y que en virtud della lo ha tenido y posseido. Y afirmar que en el mismo tiempo era el dominio del dicho su padre, era contradicion euidente, porque no podia estar en dos personas, l. si vt certo, §. si duobus vegiculum, ff commodati: y assi se ha de entender de el tiempo antes que se lo diera por los capitulos del matrimonio.

Excep-

Excepcion de que doña Catalina consintio la enagenacion del oficio, y assi perdio la hipoteca.

58 ¶ Por la escritura de que està hecha relacion en el numero antecedente, enagenò el dicho don Antonio el oficio en su padre, el qual alega q̃ esta enagenacion la hizo persuadido y a instãcia de doña Catalina, por lo qual en caso que el oficio estuuiesse hipotecado, quedò libre por auerse dispuesto de el volũtate creditoris, l. sicut, §. si volũtate, ff quib. mod. pign. vel hypotheca soluitur, resoluciõ que procede en la hipoteca q̃ la muger tiene en los bienes del marido, l. etiam, l. iubemus, C. ad Velleianum, l. vnic. §. & cum lex Iulia, C. de rei vxor. act. esta excepcion no se puede ajustar a nuestro caso, por muchas causas.

59 ¶ La primera, porque no ay prouança de que doña Catalina renunciasse la hipoteca que tenia en el oficio, ni interuino en la escritura, en que el dicho don Antonio lo boluio al dicho su padre, y por su parte estan verificados los disgustos que tuuo con el dicho su marido por auer dexado el oficio, a cuyo titulo se casò, y que por esta causa se mudò de casa del dicho Antonio Maldonado, lo qual deponen Maria de Berrio, Gaspar de Espinosa, doña Matias Diaz, doña Ysabel de Vargas, y Iuana, tia y esclaua de la dicha doña Catalina, en la 7. pregunta de la prouança de vista: y lo que mas se alargan a dezir los testigos contrarios, y contienẽ las preguntas 3. y 4. del interrogatorio de vista, es, que doña Catalina instò a don Antonio, que boluiesse el oficio a su padre, porque no se podian sustẽtar con el, y que tuuo noticia de la escritura en que lo boluio, y la ciẽcia de la enagenaciõ no puede prejudicar al acreedor, qui scit ius suum durare, l. sicut, §. non videbitur, ff. quib. mod. pig. vel hypot. solu. l. Caius 39 ff. de pignor. act. y el consentimiento tacito que se pretende induzir por la noticia de la enagenacion no es de efeto alguno, porque la renunciaciõ que se ha de hazer por la muger de la hipoteca de los bienes del marido, para que le prejudique ha de ser expressa, que son los terminos en que hablan la l. etiam, y la l. iubemus, C. ad Velleia. y no basta la tacita induzida de auer cõsentido la enagenaciõ, l. vir vxori, §. si mulier, ff. ad Velleian. Bart. in d. l. iubemus, C.

ad Velleian. n.1. ibi: *Hic renuntiauit iuri hypothecarum ibi vero nõ renuntiauit, sed marito obliganti res sibi obligatas consensit, assimili sicut mulier potest propriam rem vendere, non autem vendenti consentire, ita potest iuribus hypothecæ renuntiare, non autem obligationi consentire*, vbi Paul. n. 2. Salicet. n. 4. Palac. Rub. in rubric de donation inter, § 17. n. 20. in fine. ibi: *Intellige dum modo iuri hypothecæ expressè renunciet: aliàs non videtur renuntiare, sed magis intercedere: licet alienationi semel, & pluries consentiat.*

60 ¶ La segunda, porque los bienes que se dan en donacion propter nuptias, estàn hipotecados a la paga y seguridad de la dote, porque es el fin para que se hazian semejantes donaciones, l. vbi adhuc 29. C. de iur. dotium, l. assiduis, vers. fin. C. qui potiores, vbi Cinus, 2. colum. oppositione 4. Salic. in d. l. vbi adhuc, colum. fin. q. 10. Innocent. in c. ex literis, de pignor. vbi Abbas, n 9. Anto. Gomez, in l. 50. Taur. n. 11. vers. *Si vero agit*, y no puede la muger consentir la enagenacion, ni obligacion destos bienes, authentica siuè à me, C. ad Velleian. y aunque estas donaciones non sunt in vsu, es resoluciõ de todos los DD. que los bienes que se dan por el padre, o qualquiera tercero al hijo para que el matrimonio tenga efeto, suceden en lugar de los bienes de donacion ante nuptias, vel propter nuptias, y estan con la misma obligacion especialmẽte obligados para la paga y seguridad de la dote, Berengar. Fernandez, in l. in quartam, c. 3. art. 3 n. 10. ff. ad leg. falcid. Boer. cons. 20. nu. 26. Bertrand. cons. 97. Surd. cons. 193. lib. 1. Barbos. in l. si cũ dotem, §. transgrediamur, n. 30. ff. solut. matrim. D. Couarru. 2. p. de sponsalib. c 3. § 7. n. 12. vers. fin. Mastrill. decis. 46. nu. 15. & 16. n. 1. D. Francis. Hieron. de Leon, decis. 54. lib. 1. n. 6. ibi: *Donatio autem, quæ fit contemplatione matrimonij successit in locum donationis propter nuptias*, quod antea sentire videtur, Bald. in d. l. etiam, C. ad Velleian. nu. 2. in fin. ibi: *Et adde, quod illud, quod dicit in donatione propter nuptias, habet locum in rebus non donãtis propter nuptias, idem si sunt specialiter obligatæ pro dote, seu pro securitate dotis*, Paul. de Castro, in l. Mæuia 50. §. fundus, nu 3. ff. solut. mat. ibi: *Authentica siuè à me, quæ licet loquatur in donatione propter nuptias, vt non possit aliter alienari, locum habeat etiam in rebus alijs hypotecatis pro dote, quod est singulare*: y auiendose dado el oficio por causa del matrimonio, y que mediante esta donaciõ tuuo efeto, se ajusta la resolucion referida en nuestro caso, para que la enagenacion aun de expresso consentimiento de doña Catalina no le pudiera prejudicar, ni perder el derecho de la hipoteca.

La

61 ¶ La tercera, y que saca el caso de qualesquiera dudas, es, que aunque la muger aya renunciado la hipoteca de los bienes del marido, si no quedan otros de que pueda cobrar la dote, no es valida la renunciacion, y sin embargo della podrà cobrar de los bienes, cuya hipoteca renunciò, porque perderia la dote, quod vxor facere nõ potest, l. vnic. §. & cum lex, C. de rei vxor. act. authentica si qua mulier, C. ad Velleian. nec pactum facere, per quod conditio dotis deterior fiat, l. de die 14. ff. de pact. dotalib. ex quibus & alijs hanc resolutionem indubitanter defendunt Bart. in d. l. iubemus, C. ad Velleian. nu. 4. vbi Paul. colum. 2. idem Bart. in l. Mæuia 50. §. fundus, nu. 4. ff. solut. matr. & ibi Paul. nu. 3. Bald. cons. 363. tom. 1. Roman. cons. 140. Alex. cons. 83. n. 6. lib. 6. Paris. cons 75. n. 17. lib 3. Negusan. de pignor. meb. 4. p 2. n. 85. Afflict. decis. 311. nu. 2. Paul. de Castr. cons. 41. n. 1. lib. 1. Alciat. c. cum contingat, de iur. iur. n. 4. Boer. decis. 23. n. 9. Anto. Gom. in l. 50. Taur. n. 10. Palacius Rub. in rubric. de donationib. inter, §. 17. n 19. Greg. in l. 58. tit. 18 p 3. glos 3. Ioan Gutier. de iuram. confirm. c. 1. num. 17. lib. 1. Barbos. in l. 1. ff. solut. matr. 5. p. num. 67. vers. *Decisionem dictæ legis iubemus.*

62 ¶ Y esta resolucion procede, aunque al tiempo de la renunciacion tuuiesse el marido bienes de que poder cobrar, no auiendolos al tiempo de la muerte, o en el caso que se trata de la restitucion de la dote, vt contra Paulum in l. Mæuia, §. fundus, n. 3. ff. solut. matrim. decissum fuit in Senatu Neapolitano, vt inquit Afflict. in decis. 313 (ex Ioanne de Immola, in cap. peruenit, de empt. & vend.) ibi: *Non sufficit, quod tempore factæ alienationis vir habuerit alia bona, vnde mulieri possit consuli: immo requiritur, quod etiam tempore, quo agitur, sit in facultatibus viri, sacro consilio fuit visa æquior opinio Ioan. de Immola suo e dotis,* Paris. cons 75. n. 17 lib. 3 Palac. Rub. in rubri. de donationib. inter, §. 17 num. 21. Ioan. Gutier. de iuram. d. c. 1 num. 17. lib. 1. Ant. Fabro in suo codice, lib 4. tit. 21. ad Senat. Cons. Velle. diffinit. 13. Fontanell. de pact. nupt. claus. 4. glos. 9. par 5. nu. 186. fol. 225.

63 ¶ Y aunque se huuiesse de estar a la resoluciõ de Paulo de Castro, que parece sigue Barbos. in d. l. 1. solut. matr. 5. p. n 68. no podia en este caso ser de efeto alguno, porque es hecho cierto y constante, que don Antonio nunca tuuo mas bienes que el oficio en todo el discurso de su vida, ni quedaron al tiempo de su muerte, y esto consta por las mismas prouanças de Antonio Maldonado, el qual en la tercera pregunta del interro-

terrogatorio de vista articula, y prueua, que por ser los emolumentos del oficio de poca consideracion, y no poderse sustentar con el don Antonio, le persuadio que lo boluiesse a tomar la dicha doña Catalina, con que a ella y a el dicho su marido los alimentasse. Y en la quinta pregunta articula como los ha alimentado, y por todas las del interrogatorio, que les dio otras muchas partidas, y que veudieron los bienes muebles que les auian quedado para viages que hizierõ, y que estauan tan pobres, que pagò sus deudas, y los gastos de los viages que hazian, con que se assegura por la misma prouãça cõtraria la justicia de doña Catalina desta excepcion, por no poderle prejudicar la renunciaciõ, aunq̃ fuera cierta y expressa, porque quedàra con ella indotada, assi atendiendo al tiempo de la enagenacion del oficio, como al de la muerte del dicho don Antonio.

Fundamento tercero.

64 ¶ El hecho deste fundamento, de que no quedaron bienes de don Antonio, de que se pueda cobrar la dote y arras, es notorio, confessado por Antonio Maldonado en su peticiõ de excepciones, fol. 19. ibi: *Poque ni al tiẽpo que se celebió el matrimonio entre la parte contraria, y el dicho don Antonio, el susodicho no tenia vn solo marauedi de patrimonio, ni tampoco lo dexò quando murio*: y sobre esto tiene hechas prouanças de que nũca tuuo bienes, ni los dexò, por lo qual justamente se pide al tercero posseedor de la hipoteca, authent. hoc si debitor, C. de pignorib. authentica sed hodie, C. de action & oblig. l. vbi adhùc, C. de iur. dotium, l. 14. tit. 13. p. 5. y siendo tan notoria la excusiõ, no es necessario hazer juyzio sobre ella antes de pedir al tercero posseedor, porque basta que conste en el pleyto principal del defeto de bienes, Bald. in l. cum testamentum, vers. *Item nota*, ff. de manumissis testam. Alex. in l. exitus, num. 5. & 6. ff. de acquir. poss. & in l. fin ff. si cert. pet. n. 19 vbi Decius, num. 30. Paris. cons. 50 num. 46. lib. 1. quod quando probatur, notorium esse, bona à marito relicta non fuisse, indubitanter procedit, glos. verb. *Sed si cum Seio*, in l. fin. ff. si certum pet. vbi Alexand. num. 2. Iason, num. 9. Decius, num. 12 glos. etiam, in l. decem, ff. de verb oblig cum alijs, Dom. Molin. lib. 4. cap. 7. num. 38. & 39. vbi addentes plures referunt Flor. de Men. in addition.

ad

ad Gam. decis. 99 Dom. Castill. lib. 4. cap. 40. num. 68. De que resulta, que en los terminos mas rigurosos y regulares està verificado este fundamento, sin necessitar de valernos del priuilegio de la dote, que concede derecho para poderse pedir a los terceros posseedores, sin hazer excusion en los bienes del marido, vt alijs quamplurimis Barbos. in l. si constante 25. in princ. à n. 58. ff. solut. matr.

65 ¶ El posseer el dicho Antonio Maldonado el oficio que al tiempo de el recibo de la dote tenia y posseia el dicho don Antonio su hijo, es asimismo hecho notorio confessado por el dicho Antonio Maldonado, y constante de las escrituras y prouanças por su parte presentadas y hechas, por lo qual no se ha opuesto excepcion alguna contra la verdad deste fundamento, y porque se han opuesto algunas excepciones, que parece no se oponen derechamente contra estos fundamentos, aunque miran a impedir la paga de la dote, se satisfarà a ellas en este lugar.

Excepcion que doña Catalina vendió los bienes dotales, y recibió el precio.

66 ¶ Pretende el dicho Antonio Maldonado, que doña Catalina para vn viage que hizo con el dicho don Antonio a Madrid, vendiò los bienes de la dote sin consentimiento de su marido, y recibiò el precio, y assi no lo puede pedir, porque esto obrò restitucion de la dote, que se puede hazer constante el matrimonio, l. si constante, ff. solut. matrim. l. vbi adhuc, C. de iur. dot.

67 ¶ Esta excepcion carece de fundamento, porque los testigos presentados por el dicho Antonio Maldonado, q̃ deponen sobre esta venta de bienes, dizen, que para ir los dichos don Antonio Maldonado, y doña Catalina a Madrid a pretender vn oficio que en Castilla siruieron, dado por el Duque de Ossuna, hizieron almoneda de los bienes muebles que tenian, y que recibio doña Catalina el precio para gastarlo en el viage, rezelando que si entraua en poder de su marido, lo auia de gastar, como afirman los testigos de Antonio Maldonado, que en la prouança de vista responden a la setima pregunta, que por ser este hecho cierto, que resulta de las deposi

 ciones

ciones de todos, no se refieren; y quan lejos està este hecho de ser restitucion de dote, ni poder seruir para paga en todo, ni en parte della, es bien notorio, y assi no es necessario gastar razones en su apoyo, porq̃ fue dote estimada en precios ciertos con obligacion de restituyr cantidad con que se causò venta, y corre el riesgo por el marido, l. plerumque, ff. de iur. dot. l. quoties, C. eod. l. ex conuentione, C. de pactis, l. 16. & 18. tit. 11. part. 4. aunque se huuiessen perdido, consumido, o vendido por la muger, l. æstimatæ 52. ff. solut. matrim. Dom. Couarr. pract. cap. 28. num. 5. vers. 5. vbi plures refert, & in præ dictis ll. & alibi notant DD. communiter, por lo qual no se deue hazer caso desta excepcion.

Excepcion de que alimentò, y pagó deudas de don Antonio, y doña Catalina.

68 ¶ Por no auer tenido don Antonio y doña Catalina con que sustentarse todo el tiempo que estuuieron casados, pretende el dicho Antonio Maldonado que los alimentò catorze años, en que gastò mas de doze mil ducados, y que dio al dicho don Antonio mas de tres mil para en cuenta de su legitima, y para gastos de el casamiento mas de mil y quinientos, y que pagò a vn mercader vezino de Madrid mil y nouecientos reales, y dos mil a la Abadesa del Conuento de el Angel: todas estas partidas se ponen por excepcion para impedir la restitucion de la dote; y assimismo se piden por reconuẽcion: y para vno y otro les falta justificacion.

69 ¶ Porque don Antonio tuuo obligacion a alimentar a doña Catalina, y a su familia, y para este fin gozaua de la dote, l. dotis fructus 8 ff. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eodem: y esta obligacion no corrio por cuenta de doña Catalina, por lo qual si la cumplio el dicho Antonio Maldonado, como pretende, alimentando al dicho su hijo, y su familia, serà este derecho para seguirlo contra bienes del dicho don Antonio si ay algunos, y no para proponerlo por baxa de la dote, ni pedirlo por reconuencion a quien no tuuo obligacion de dar los dichos alimentos: y aunque se ayan dado los alimẽtos por vn tercero, y contraidose deudas para la paga, no està la muger obligada, vt deueriori opinione tenet Surdus, de alimentis,

mentis,tit 8.priuileg.48.num. 6.verſ. *Contrarium*, latè fundat Pater Thom.Sanchez,de matrim.lib.9.diſput. 4.nu. 29. Fontanell.de pact nup.clauſ.4.gloſ.9 part.5.n.173.fol.222. Demas,que ni conſta de la cantidad dellos, y ſolo deponen los teſtigos con generalidad,ſin declarar que los dieſſe el dicho Antonio Maldonado con animo de repetirlos: y aſsi en caſo que fueſſen ciertos,ſe preſumen dados por la obligacion natural que como padre tenia de alimentar al dicho ſu hijo, y no cõ animo de repetirlos,l.Neſenius,ff.de negot. geſt. o por cumplir con la obligacion a que ſe obligò (quando el dicho don Antonio le dio el oficio) de alimentarlos,y a la dicha doña Catalina,como el miſmo Antonio Maldonado articula, y prueua en la tercera pregũta del interrogatorio de viſta, ibi: *La dicha doña Catalina inſtò al dicho Antonio Maldonado por ſi,y por interpueſtas perſonas,que boluieſſe a tomar en ſi el vſo del dicho oficio, y les alimentaſſe a ella,y a ſu marido*: de que ſe infiere quan ſin fundamento es eſta pretenſion, y el miſmo defecto padecen las partidas dadas a cuenta de legitima, y para gaſtos de el caſamiento al dicho don Antonio, y aſsi no ſon neceſſarias otras reſpueſtas.

70 ¶ En quanto a la partida de los mil y nouecientos reales que pretende el dicho Antonio Maldonado auer pagado por la dicha doña Catalina, ay declaracion de doña Catalina,en que confieſſa,que juntamente con el dicho don Antonio ſe obligò a pagar eſta cantidad,por lo qual pretende el dicho Antonio Maldonado que ſe le ha de baxar de la dote,porque la ſatisfizo a Domingo Garcia Aparicio,mercader,vezino de Madrid,a quien ſe deuia,y de la paga no conſta,porque ſolo parece ay dos cartas de pago ſimples de Luys Suarez, q̃ tenia poder del dicho Domingo Garcia Aparicio,en que dize auer recibido quatrocientos reales en cada vna por cuenta de lo que el dicho don Antonio ſu hijo deuia: y ſiendo eſtas cartas de pago ſimples no prueuan la paga,l.115.tit.18.p.3. Y en caſo que ſe ayan pagado las cantidades della,expreſſamente dizẽ las cartas de pago que las pagò el dicho Antonio Maldonado por ſu hijo,que era el principal obligado, y aſsi no las puede repetir de doña Catalina,cuya obligacion fue ninguna,aunque ſe huuiera obligado como principal, no auiendoſe verificado que la cantidad de la deuda ſe conuirtio en ſu vtilidad,fuera delos alimentos,y demas coſas neceſſarias que el marido eſtà obligado a darle,l.61.Taur.in nou.recop l.9. tit.3.lib.5 la qual es ley prohibitiua, ibi: *No ſe pueda obligar.*

Et ibi: *La muger no sea obligada*: y assi no se puede dudar de la nulidad de la obligacion, l. non dubium, C. de legib. Y siendo ninguna la obligacion, no se le puede pedir en virtud della cantidad alguna a doña Catalina: y de la que huuiere pagado el dicho Antonio Maldonado està satisfecho, porque se causò esta deuda en los viages de Madrid, que fue el dicho don Antonio a seguir vn pleyto sobre el oficio que possee Francisco Churron, escriuano mayor de los Hijosdalgo, y por las costas y gastos deste pleyto recibio el dicho Antonio Maldonado quatro mil reales de Iulian Garcia de Villamayor, escriuano mayor de los Hijosdalgo, que fue desta Real Chancilleria, de que ay testimonio presentado.

71 ¶ La partida de dos mil reales que pretende el dicho Antonio Maldonado auer gastado quando la dicha doña Catalina entrò en el Conuento del Angel, y de los vestidos q̃ le dio, sin embargo que esto se gastò de lo que procedio de la almoneda que hizo Antonio Maldonado de los vestidos, cama, y bienes muebles que quedaron del dicho don Antonio, y de la dicha doña Catalina, como tiene verificado en la 9. y 10. pregunta de la prouança de vista, se ha allanado a recibir en cuenta la cantidad verdadera, y suplica, pues es cosa de tan poca consideracion, se sirua V. S. y señores Iuezes que tiene visto este pleyto, de determinar en esta parte, liquidandola si se deuiere pagar algo por ella: porque la sentencia de vista remite la liquidacion al cumplimiento de la carta executoria, y con qualquiera partida aunque sea ligera, se ha de embaraçar su cumplimiento.

Excepcion de que los gastos del pleyto de la muerte de don Antonio, y lo que por el se dio a doña Catalina, lo ha de recebir en cuenta.

72 ¶ Estando doña Catalina despues de la muerte del dicho don Antonio en el Conuento del Angel de esta ciudad, en primero de Otubre de 36. otorgò escritura, diziendo, que su voluntad era de ser Monja professa, y que por estar en el Cõuento no podia seguir el pleyto de la muerte de el dicho don Anto-

Antonio,por lo qual dà poder al dicho Antonio Maldonado para que lo ſiga,reciba,y cobre la cantidad que montare. En virtud deſte poder pretende Antonio Maldonado que ſiguiò el pleyto,en que gaſtò dozientos ducados, y que por concierto recibio doña Catalina ſetecientos, y vnos y otros ha de recibir en cuẽta de la dote por pertenecerle en virtud del dicho poder, y por juzgarſe por bienes gananciales, en que tiene parte el marido,excepcion que no tiene juſtificaciou.

73 ¶ Porque en quanto a las coſtas de el pleyto criminal no pudo gaſtar cantidad alguna el dicho Antonio Maldonado,porque eſtando hechas las ſumarias de oficio, y auiendo bienes embargados de los reos de què ſe cobraſſen las coſtas. Lo qne ſe hizo en eſte pleyto por Antonio Maldonado,fue poner acuſacion, y ratificar los teſtigos de la ſumaria: con lo qual quedò concluſo el pleyto, por que fue en rebeldia de los reos,y el termino con todo cargo,y ſin contradicion, y ſe pronunciò ſentencia de viſta, de la qual ſe ſuplicò por el dicho Antonio Maldonado,y en eſte eſtado doña Catalina que ya eſteua fuera de el Conuento,ſalio al pleyto, y lo ſuſtanciò haſta la reuiſta,lo qual es hecho cierto, y conſta por teſtimonio preſentado por el dicho Antonio Maldonado,que eſtà folio 67. de que ſe conocerà lo que pudo gaſtar perſona que no fueſſe oficial de la Chancilleria en poner vna acuſacion, ratificar ſeys,ò ocho teſtigos,que ſe ſuele hazer de oficio, y ſuplicar de la ſentencia de viſta,quanto mas perſona que es eſcriuano mayor de Hijoſdalgo en eſta Real Chancilleria, y aſsi no tiene fundamento eſta excepcion en quanto a las coſtas. Y menos lo tiene en quanto a la cantidad que ſe dize auer recibido doña Catalina por el concierto del pleyto: porque demas que ella lo niega, y los teſtigos que lo prueuan ſon deudos de don Antonio de Oualle,que es el reo, a quien le importa què el perdon aya ſido dando interes para ſu mayor defenſa,no puede eſta partida ſeruir para paga de dote.

74 ¶ Porque el poder què doña Catalina otorgò eſtãdo en el Conuento del Angel,fue por cauſa de tener el abito, y querer profeſſar,y no poder en el Conuento ſeguir el pleyto,y auiendo ſalido quedò reſuelto,y ſin efeto,por auer ceſſado la cauſa final por que ſe hizo,l.fin.ff.de hęred. inſt. l. 1. C. de credit.ob cauſ. cap.cum ceſſante,de appellationib. Y eſtãdo en el Conuento con el abito,no pudo doña Catalina hazer ceſsion,renunciacion,ni obligacion,ſi no era intra duos mẽſes ante profeſsionem cum licentia Epiſcopi, ſeu eius Vica-

I rij,

rij, y no tenia efeto ni validacion, nisi sequuta professione, vt dispositum est in Sancto Concilio Trident. cap. 16. Sess. 25. de regularib. y aunque no estuuiesse en el Conuento era nula la cession, porque las heridas de que murio don Antonio se le dieron en veynte de Setiembre de 36. y murio dentro de siete, o ocho dias, y la cession se otorgó por doña Catalina en primero de Otubre del mismo año, con que vino a ser dentro de nueue dias de la muerte de su marido, en cuyo tiempo son nulos los contratos hechos por las mugeres, vt expresse dispositum est, in Authentic. vt cum de appellatione cognoscitur, collat. 8. §. *Sancimus, itaque nulli pœnitus esse licentiam, aut hæredes, aut parentes, aut liberos, aut coniugem.* Et ibi: *Si verò intra nouem dierum spacium aliquis ausus fuerit quamlibet de prædictis personis, aut conuenire, aut aliquam cautionem, seù promissionem, vèl fideiussionem exigere ab ea hæc omnia inualida esse decernimus*, l. 13. tit. 9 part. 7. Parlad. diff. 44. num. 12. & 13. De que resulta, que por la cession no puede pretender derecho alguno el dicho Antonio Maldonado a la cantidad del concierto.

75 ¶ Y por su persona no lo puede pretender, porque la muger se prefiere en la acusacion y transacion de la muerte del marido al padre, l. 14. tit. 8. part. 7. Antonio Fabro, in suo C. lib. 9. tit. 1. diffin. 1. Boer. decis. 120. & 121. num. 3. Bayard. in addition. ad Iulium Clarum, §. fin. quæst. 58. num. 34. Curia Philipp. part. 3. § 8. num. 8. Giurb. cons. 61. num. 5. in fin. ibi: *Imò potior est vxoris causa quam patris, & licèt pater filij mortem remittat, filij tamen ipsi, & vxor cōtra patris remissionem venire possunt, ac fratris & filij mortem quærere.* Y esta resolucion no padece duda alguna, y solo es controuertido el caso en que concurren los hijos con la muger, a la qual prefiere la opinion mas comun, vt eius authores referens tenet Flor. de Mena, variar lib. 1. quæst. 7. num. 7. Y el mayor fauor que a los hijos se les concede es, vt cum vxore in accusatione concurrant, vt tenet Dom. Castillo, de vsufruct. cap. 40. á num. 8. Y aunque Giurba, cons. 61. á num. 14. contra la resolucion comun dio prelacion a los hijos, respeto del padre dio prelacion absoluta a la muger, num. 5 in fin. & num. 20. ibi: *Præfertur autem vxor non tantum agnatis, & consanguineis, sed parētibus etiam.* Por lo qual por su persona no puede pretender el dicho Antonio Maldonado derecho alguno a la cātidad que se huuiere dado.

76 ¶ Y en quanto al intento que propone, de que se

juzgue

juzgue por bienes gananciales, para que la mitad que podia pertenecer a los herederos del marido, se compute en pago de la dote, no tiene fundamento, porque lo que se dá por este titulo, potius vindictam, quám rei persecutionem continet: vt inquit Vlpian. in l. pro hærede, § fin. ff. de acquiréd. hæredit ibi: *Si sepulchri violati filius aget, quamuis hæreditarij, quia nihil ex bonis patris capit, non videtur se bonis immiscere, hæc enim actio pœnam, & vindictam potius, quám rei persecutionem continet*, l. quæsitum, ff. de sepulchro violat. ibi: *Nec tamen si egerit hæreditarios creditores timebit, cum etsi per hæreditatem obtingit hæc actio, nihil tamen ex defuncti capitur volũtate, nec id capitur, quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum*, etiam si propter societaté, & matrimonij occasione acquisita sint, l. socium 61. §. socius, ff. pro socio, vbi Bart. ibi: *Secus si contemplatione personæ obueniunt, licèt huius societatis fuerit occasio.* De que resulta, q̃ lo que se dà al hijo propter iniuriam, non confertur, l. 2. §. emácipatus, ff. de collat. bonor. l. fin. C. de collationib. Parlador. diff. 150. §. 4. num. 8. & 9.

77 ¶ Et quod ex simili causa ab vxore accipitur in vera ratione lucri acquæstus non continetur, vt alijs Boer. decis. 121. num. 1. ibi: *Quoniam illud, quod ex delicto commisso euenit, non continetur appellatione acquæstus, sed ex pacto iure proprio acquiritur*: vt tradit Consultus in l. debitor 59. §. fin. ff. ad Trebelian. ibi: *Quia non quasi hæres, sed quasi mater ex pacto accepit*: & in terminis ita tenet Iuan Garcia, de coniugal. acquæstu, num. 173. el qual, en quanto a que la muger, o el marido adquiera para si, sin auer de comunicar lo que recibe, por esta causa no tuuo duda alguna, como se conoce de los fundamentos que refiere: en lo que estuuo dudoso fue, si a los hijos, a los quales les resulta daño de la muerte del padre, o madre, y que concurren en la acusacion y transacion, segun la opinion que se refirio supra, nu. 74. se les auia de dar parte, ibi: *Remittendo vindictam certé damnum filiorum remittit.* Y aun en esto no tuuo firme resolucion, y la sentencia contraria la juzgó por mas prouable, conforme a derecho, ibi: *Quæ sententia certé ex hac iuris ratione probabilis est*, quam defendit Dom. Perez de Lara, de Capellan. lib. 1. cap. 13. nnm. 4. & á num. 1. vbi tenet, que la muger adquiere precipuo para si qualquiera cantidad que se le dá por este titulo, sin obligacion de dar ni reseruar parte a los hijos, y esto aunque tenga muchos aprouechomientos ex morte viri per pacta nuptialia, vél alio modo: vt tenet Giurba, cons. 61. num. 20. vers. *Quod si ex*

viri

viri morte, por lo qual en nuestro caso, que en la acusacion y transacion se deue preferir doña Catalina, y que no recibe vtilidad alguna ex morte viri, si no antes muchos daños, pues aun la dote no se le paga; no ay causa para pretender derecho a lo que se huuiere dado por la transacion.

78 ¶ Lo qual es mas notorio, con que el dicho Antonio Maldonado tiene confessado que no es heredero de don Antonio, y que no quiere parte alguna destos interesses, y consentido judicialmente que se apliquen a la Camara de su Magestad, y agrauiadose de la sentencia de vista del pleyto criminal, porque cõdenò en interesses, como consta por peticion por su parte presentada, de que ha puesto testimonio en este pleyto, que está Roll. fol. 68. pagin. 2. in fin. Y la sentencia de reuista del pleyto criminal, en que asimismo litigô el dicho Antonio Maldonado, aplica toda la cantidad de interesses a doña Catalina. Por lo qual, en caso que algũ derecho pueda pretender contra las resoluciones de derecho, y su mesma confesion, será para deduzirlo en el dicho pleyto, y no para que sirua para baxa de la dote.

79 ¶ Por lo qual justamente se espera, que toda se ha de mandar pagar con las arras e interesses, sin baxar cantidad alguna por las pretensiones contrarias. S.V.D.C.

El Lic. Baltasar de Villanueua.